



สิทธิมนุษยชน ในเรื่องอัตลักษณ์และวิถีทางเพศ กับความคุ้มครองและรับรองภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายไทย

กองบรรณาธิการ
สำนักกฎหมาย

สิทธิมนุษยชน (Human Right) เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ซึ่งประกอบไปด้วยสิทธิตามธรรมชาติและสิทธิที่มีกฎหมายรับรอง สิทธิมนุษยชนจึงถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติต่อกันของเพื่อนมนุษย์อย่างเท่าเทียม และเป็นหลักการสำคัญที่ทำให้สังคมสงบสุขปราศจากความขัดแย้งในเรื่องของความแตกต่างทั้งทางความคิดและการแสดงออกดังที่กำหนดไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ ๒ ว่า “ทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพทั้งปวงตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าชนิดใด อาทิ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน การเกิดหรือสถานะอื่น นอกจากนี้ จะไม่มีการแบ่งแยกใดบนพื้นฐานของสถานะทางการเมือง ทางกฎหมาย หรือทางการระหว่างประเทศของประเทศ หรือดินแดนที่บุคคลสังกัดไม่ว่าดินแดนนี้จะเป็นเอกราช อยู่ในความพิทักษ์มิได้ปกครองตนเอง หรืออยู่ภายใต้การจำกัดอธิปไตยอื่นใด” โดยในปัจจุบันความคุ้มครองตามหลักสิทธิมนุษยชนนี้ได้ขยายครอบคลุมถึงบุคคลทุกกลุ่มรวมถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศด้วย



สำหรับประเทศไทยของเรานั้น เรื่องอัตลักษณ์และวิถีทางเพศได้รับการคุ้มครองตามสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคีและหลักยกยอการกระทำ ด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ รวมทั้งได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ตลอดจนกฎหมายภายในฉบับต่าง ๆ เช่น พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ นอกจากนี้ในปัจจุบันประเทศไทยยังมีความพยายามที่จะผลักดันให้มีกฎหมายคู่ชีวิตเพื่อส่งเสริมให้บุคคลสองคนซึ่งเป็นเพศเดียวกันโดยกำเนิดสามารถจดทะเบียนคู่ชีวิตกันได้ โดยมีสิทธิและหน้าที่ในการอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวในลักษณะทำนองเดียวกันกับคู่สมรสอีกด้วย ซึ่งถือเป็นพัฒนาการด้านสิทธิมนุษยชนที่สำคัญ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะในปัจจุบันสังคมไทยจะให้การยอมรับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมากขึ้น และกลุ่มบุคคลดังกล่าวสามารถแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์และวิถีทางเพศของตนได้อย่างเปิดเผยก็ตาม แต่ในความเป็นจริงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศก็ยังคงต้องเผชิญกับอคติของสังคม การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความแตกต่างทางเพศ และการล่วงละเมิดในรูปแบบต่าง ๆ อยู่เสมอ

ดังนั้น เพื่อประโยชน์ทางวิชาการด้านกฎหมายในประเด็นที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในเรื่องอัตลักษณ์และวิถีทางเพศ กองบรรณาธิการวารสาร “จลนิต” จึงพิจารณาเห็นสมควรขอทำการสัมภาษณ์และรับฟังความคิดเห็นทางวิชาการ ตลอดจนทรรศนะและข้อเสนอแนะอันจะเป็นประโยชน์ต่องานด้านนิติบัญญัติจากผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความรู้และความเชี่ยวชาญที่เกี่ยวข้อง ในประเด็นเรื่อง “สิทธิมนุษยชนในเรื่องอัตลักษณ์และวิถีทางเพศ กับการคุ้มครองและรับรองภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายไทย” จาก นางสาวนัยนา สุภาพิ่ง ที่ปรึกษามูลนิธิเพื่อสิทธิและเป็นธรรมทางเพศ อดีตกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มาตาลักษณ์ เสรมธากุล อาจารย์ประจำศูนย์กฎหมายแพ่งและศูนย์กฎหมายอาญาและอาชญาวิทยา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ทั้งนี้ เพื่อเป็นข้อมูลทางวิชาการอันจะเป็นประโยชน์ต่องานด้านนิติบัญญัติและประชาชนผู้มีความสนใจโดยทั่วไป ซึ่งท่านผู้อ่านสามารถติดตามและศึกษารายละเอียดในเรื่องดังกล่าวได้ในจลนิตฉบับนี้.



นางสาวนัยนา สุภาพ็อง*

สิทธิมนุษยชนในเรื่องอัตลักษณ์และวิถีทางเพศ

กับความคุ้มครองและรับรองภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายไทย



กองบรรณาธิการ
สำนักกฎหมาย

เมื่อวันพุธที่ ๒ กันยายน ๒๕๖๓

ณ มูลนิธิธีรนาถ กาญจนอักษร ช.เพชรเกษม ๒๔



จุดนิตี : ขอร่าบตึงแ่นวคหาคิดและทฤฎีที่เก็ยข้องกับคหาคลาคหลายทางเพศและคหาคสิทธิมุษยชนสากลในเรื่งอ้ตลัคคณและวิติทางเพศซึ่งมีข้ันเพื่อค้คหาครองกลุ่มบุคคลที่มีคหาคลาคหลายทางเพศในระบคกฎหมายระหว່างประเศและกรณีสึกษาของต่งประเศ

นางสาวนัยนา สุภาพ็อง : สิทธิคหาคหลายทางเพศ ค็อสิทธิมุษยชน ในข่งกอนปี ๑๙๙๔ ด้รับการค้คหาครองตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมุษยชนและอนุสัฎฐากติการะหว่งประเศที่เก็ยข้องกับสิทธิมุษยชนเช่น กติการะหว่งประเศว่าด้วยสิทธิพลเมื่งและสิทธิทางการเมื่ง (ICCPR; International Covenant on Civil and Political Rights) เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงสิทธิมุษยชนของบุคคลทุกคนไม่ว่าจะเก็ดมามีสร้ระร่งทางเป็นเพศใตยอ้มด้รับการค้คหาครอง ถ้อยค้ที่ใ้จ้เป็นกรบัญญัติในลัคคณที่ครอบคหาคบุคคลตามเพศก่าเน็ดหญิง ชาย เพ็ยสองเพศ ไม่กล่าวถึงเพศสทาง (Gender) อ้ตลัคคณทางเพศ (Gender Identity) และเพศวิติ (Sexual Orientation) เช่น การก่าหนดใ้ทุกคนเสมอกันในกฎหมายและมีสิทธิที่จ้ด้รับคหาคค้คหาครองตามกฎหมายเท่เทียมกัน เป็นต้น การห้ามเลื่อกปฏิบัติเพระเหตุแห่งเพศ หมายถึ บุคคลที่มีทางภาพเป็นหญิงหรือชายด้รับการค้คหาครองเท่เทียมกัน

*ผู้อ่นยการมูลนิธิธีรนาถ กาญจนอักษร, ที่ปรึกษามูลนิธิเพื่อสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ และอติตกรมการสิทธิมุษยชนแห่งชาติ.



ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ ๑๖ บัญญัติว่า “บรรดาชายและหญิงที่มีอายุครบบริบูรณ์แล้ว มีสิทธิที่จะสมรส และก่อร่างสร้างครอบครัว โดยปราศจากการจำกัดใด อันเนื่องมาจากเชื้อชาติ สัญชาติ หรือศาสนา ต่างย่อมมีสิทธิเท่าเทียมกันในการสมรส ระหว่างการสมรส และขาดจากการสมรส” “การสมรสจะกระทำกันโดยความยินยอมอย่างอิสระและเต็มใจของผู้ที่จะเป็นคู่สมรสเท่านั้น” หลักการนี้กล่าวถึงบุคคลที่มีเพศกำเนิดชายและหญิงเท่านั้น

ต่อมาในปี ๑๙๔๘ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (The UN Human Rights Committee) ได้ปรับบทตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วย สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ข้อ ๒๖ บัญญัติว่า

“บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกัน ตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ในกรณีนี้ กฎหมายจะต้องห้ามการเลือกปฏิบัติใด ๆ และต้องประกันการคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและเป็นผลจริงจังกจากการเลือกปฏิบัติด้วย เหตุผลใด เช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์ แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ”

*มาตรานี้ ได้วางหลักการไว้แบบปลายเปิด กล่าวคือ ข้อห้ามในการเลือกปฏิบัติ มิได้ถูกกำหนดอยู่ แต่ในคำของตัวบทเพียงเท่านั้น โดยในประโยคแรกได้วางหลักคุ้มครองการเลือกปฏิบัติทุกประการ โดยปราศจากเงื่อนไข ส่วนในประโยคที่สองได้กำหนดหลักการตัวอย่างเงื่อนไขที่ไม่สามารถเลือกปฏิบัติได้^๑

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ได้ปรับบท ข้อ ๒๖ ให้แปลความหมาย ห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง “เพศ” นั้น ให้รวมไปถึงเพศวิถี (Sexual Orientation) อันเนื่องมาจาก คดี Nicholas Toonen v. Australia และคู่รักชายรักชาย ร้องเรียนรัฐบาลออสเตรเลีย ต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติว่า กฎหมาย Sodomy Law ที่กำหนดบทลงโทษคนรักเพศเดียวกัน มีความผิด เป็นกฎหมายที่เลือกปฏิบัติต่อพลเมืองออสเตรเลีย ส่งผลให้รัฐบาลออสเตรเลียยกเลิกกฎหมายดังกล่าว

การพิจารณาคดี Toonen v. Australia ดังกล่าว ได้ถูกนำมาใช้อ้างอิงในระดับหลักการเพื่อเคารพ สิทธิความหลากหลายทางเพศ หน่วยงานในสหประชาชาติ และประเทศภาคี ได้ยอมรับการแปลความหมาย ห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง “เพศ” รวมถึง “ความหลากหลายทางเพศ” ตามข้อ ๒๖

หลังจากนั้นคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน และหน่วยงานอื่น ๆ ภายใต้องค์การสหประชาชาติ ติดตามดูแล้วว่า ประเทศภาคีแห่งสหประชาชาติ ห้ามมีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง “เพศ” ทางสรีระ และรวมถึงเพศสภาพ อัตลักษณ์ทางเพศ เพศวิถีด้วย

ต่อมาในปี ๒๐๐๖ ได้มีการกำหนดหลักสิทธิมนุษยชนสากลที่ระบุถึงความหลากหลายทางเพศ เป็นครั้งแรกใน “หลักการยอกยาการ์ตา (The Yogyakarta Principles: The Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity)”^๒

^๑ Douglas Sanders, “LGBT Rights in a New Constitution” อัญญา สุวรรณานนท์ แปล.

^๒ หลักการยอกยาการ์ตา ว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ในประเด็นวิถีทางเพศและ อัตลักษณ์ทางเพศ ฉบับแปลและจัดพิมพ์โดยสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (๒๕๕๑).



ค.ศ. ๒๐๐๖” ซึ่งเป็นผลจากการประชุมเชิงปฏิบัติการของผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชน และนักนิติศาสตร์ระหว่างประเทศ เพื่อกำหนดมาตรฐานและแนวทางการปฏิบัติตามข้อผูกพันระหว่างประเทศในประเด็นเกี่ยวกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ภายใต้สนธิสัญญาและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ณ มหาวิทยาลัย Gadah Mada เมืองยอกยาคาร์ตา ประเทศอินโดนีเซีย เมื่อเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๔๙ ซึ่งในการประชุมดังกล่าวศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มันทาภรณ์ จากประเทศไทยเป็นประธานร่วมในการประชุมและลงนามรับรองหลักการดังกล่าว ซึ่งนับได้ว่าเป็นตราสารที่สมบูรณ์ในการปรับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศทั้งในระดับสากล ระดับภูมิภาค และระดับประเทศในการใช้เป็นข้อมูลอ้างอิงในการต่อสู้และเรียกร้องความเป็นธรรมให้แก่บุคคลหลากหลายทางเพศ ส่งผลให้เกิดความเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายในการรับรองการใช้ชีวิตคู่หรือการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันอย่างกว้างขวางในทวีปยุโรป เช่น สวีเดน อิตาลี เนเธอร์แลนด์ และในบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

สำหรับประเทศในทวีปเอเชีย นั้นแม้จะปรากฏข่าวของการแต่งงานในทางพฤตินัยอย่างเปิดเผยระหว่างคู่รักเพศเดียวกันเกิดขึ้นจำนวนมากในหลายประเทศ แต่ในปัจจุบันกลับพบว่ามีประเทศที่เปิดกว้างในการออกกฎหมายเพื่อรับรองการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลเพศเดียวกันเพียงประเทศเดียวคือ ประเทศไต้หวัน ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญไต้หวันได้มีคำวินิจฉัยในคดีการสมรสเพศเดียวกัน ในปี ๒๐๑๗ ว่า การห้ามไม่ให้บุคคลเพศเดียวกันจดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายแพ่งเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญว่าด้วยสิทธิในการสมรส และสิทธิในความเสมอภาค และมีคำสั่งให้รัฐดำเนินการแก้ไขกฎหมายเพื่อมีการละเมิดสิทธิความเสมอภาคของพลเมือง และให้รัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขกฎหมายหรือออกกฎหมายใหม่ภายใน ๒ ปี รวมทั้งให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนสมรสได้ตามกฎหมาย โดยการยื่นคำขอจดทะเบียนต่อสำนักงานทะเบียนท้องที่ไต้หวัน ทำให้รัฐบาลของไต้หวันมีความจำเป็นต้องจัดการลงประชามติครั้งสำคัญเพื่อขอความเห็นชอบจากประชาชนในประเด็นดังกล่าว ซึ่งผลการลงประชามติพบว่าคนไต้หวันส่วนใหญ่ยังไม่เห็นด้วยกับการออกกฎหมายเพื่อรับรองการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน แต่รัฐบาลไต้หวันก็ยังคงเดินหน้าผลักดันกฎหมายนี้ต่อไป ซึ่งในทางปฏิบัติเป็นเรื่องที่ทำได้ เพราะการลงประชามติของไต้หวันไม่มีผลผูกมัดตามกฎหมาย กระทั่งได้มีการออกกฎหมายเรื่องดังกล่าวเป็นผลสำเร็จเป็นประเทศแรกในทวีปเอเชีย ซึ่งจากปรากฏการณ์ทั้งหลายเหล่านี้จึงกล่าวได้ว่า ระบบ



กฎหมายทั้งในระดับระหว่างประเทศหรือบทบัญญัติของกฎหมายภายในของรัฐต่าง ๆ ได้มีแนวโน้มต่อการเปิดกว้างและปรับเปลี่ยนกฎหมายที่ทำให้บุคคลหลากหลายทางเพศมีตัวตนในทางกฎหมายเพิ่มมากขึ้น ต่อมาในเดือนพฤศจิกายน ปี ๒๐๑๗ ในโอกาสครบรอบ ๑๐ ปี ที่มีการกำหนดหลักการสิทธิมนุษยชน ด้านวิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศ (The Yogyakarta Principles) ได้มีการพัฒนาคำแถลงด้านสิทธิมนุษยชนที่มีพลัง ส่งผลให้เกิดการปรับปรุงหลักการ Yogyakarta Principles เรียกว่า The Yogyakarta Principles Plus 10 (YP+10)^๓ เป็นแนวทางในการเคารพสิทธิความหลากหลายทางเพศที่คำนึงถึงความหลากหลายมากขึ้น คือ การแสดงออกทางเพศ (Gender Expression) และคุณลักษณะทางเพศ (Sex Characteristics)

จุดนิติ : ขอรบถึงพัฒนาการของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย และปัญหาทางกฎหมายที่ควรต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่อยู่ในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน

นางสาวนิยา สุภาพ : จากประสบการณ์ทำงานในมูลนิธิธีรนาถ กาญจนอักษร มูลนิธิเพื่อสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ (FOR-SOGI; Foundation for SOGI Rights and Justice) รวมทั้งในฐานะอดีตกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เห็นว่าปมประเด็นปัญหาของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศต้องประสบนั้น มีสาเหตุมาจากแนวคิดเรื่องเพศที่ยึดติดกับความเป็นเพศทางกายภาพเพียงสองเพศ คือหญิงและชาย หรือการแบ่งแยกเพศตามอวัยวะ ทำให้กลุ่มคนที่มีเพศสภาพ อัตลักษณ์ทางเพศอื่น ๆ หรือกลุ่มคนที่ดำเนินชีวิตแบบหลากหลายเพศ ถูกมองว่าผิดปกติ และวิถีชีวิตที่ปกติคือชีวิตหญิงชายรักต่างเพศเท่านั้น

บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศต้องเผชิญกับข้อจำกัดด้านต่าง ๆ เช่น ไม่มีสิทธิในการเข้าทำงาน การใช้บริการในพื้นที่สาธารณะที่มีการจำแนกเพศชายหญิง การระบุถึงตัวตนหรือเพศในทางกฎหมาย การแต่งกาย เป็นต้น ฉะนั้น ความเคลื่อนไหวที่เกิดขึ้นในสังคมไทยจึงเป็นเรื่องการเรียกร้องในการสร้างความชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มบุคคลหลากหลายทางเพศ และการผลักดันให้เกิดการยอมรับสถานะของบุคคลเพศหลากหลายในกฎหมาย ซึ่งเห็นได้จากการโต้แย้งกฎหมายต่าง ๆ ที่ปฏิเสธไม่ให้การรับรองต่อลักษณะและตัวตนของบุคคลเพศหลากหลาย เนื่องจากหลักการในทางกฎหมายที่ยึดติดอยู่ในกรอบการจำแนกบุคคลบนพื้นฐานของเพศชายและหญิงตามกำเนิด

สำหรับความเคลื่อนไหวที่สำคัญต่อการผลักดันให้เกิดการยอมรับสถานะของบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทย ได้ปรากฏขึ้นในระหว่างการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในปี พ.ศ. ๒๕๕๙ เนื่องมาจากการที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและเครือข่ายความหลากหลายทางเพศได้ยื่นเรื่องต่อคณะกรรมการการร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญในขณะนั้น เพื่อให้กำหนดถ้อยคำในมาตรา ๓๐ วรรคสองว่า “ชายหญิงและบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีสิทธิเท่าเทียมกัน” ซึ่งได้นำมาซึ่งการถกเถียงอย่างกว้างขวางในสภาร่างรัฐธรรมนูญ และแม้ท้ายที่สุดจะไม่ได้มีการบัญญัติถ้อยคำ

^๓ [https://yogyakartaprinciples.org/principles-en/yp๑๐/.](https://yogyakartaprinciples.org/principles-en/yp๑๐/)



อันมีความหมายเฉพาะเจาะจงถึงบุคคลหลากหลายทางเพศไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่สภาร่างรัฐธรรมนูญ ปี ๒๕๕๐ ก็ได้อธิบายหลักการเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๓๐^๔ ไว้ว่า “ความแตกต่างเรื่อง “เพศ” นอกจากหมายถึงความแตกต่างระหว่างหญิงหรือชายแล้ว ยังหมายรวมถึงความแตกต่างของบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ (Sexual Identity) หรือเพศสภาพ (Gender) หรือความหลากหลายทางเพศ (Sexual Diversity) แตกต่างจากเพศที่ผู้นั้นกำเนิดอยู่ด้วย จึงไม่ได้บัญญัติคำดังกล่าวไว้ในมาตรา ๓๐ เนื่องจากคำว่า “เพศ” ได้หมายความรวมถึงคำดังกล่าวอยู่แล้ว และจะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลนั้น ๆ”^๕ ซึ่งจากคำอธิบายเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญดังกล่าว ทำให้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าบทบัญญัติเรื่องความเสมอภาคในมาตรา ๓๐ นั้นครอบคลุมถึงบุคคลเพศหลากหลายด้วย และได้กลายเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งที่ได้ถูกนำมาอ้างอิงในการผลักดันเพื่อให้เกิดการรับรองสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายในหลายกรณี

ตัวอย่างเช่น *คำพิพากษาศาลปกครองกลาง ๑๓ กันยายน ๒๕๕๔^๖ พิพากษาให้กระทรวงกลาโหมเพิกถอนใบรับรองผลการตรวจเลือกทหารกองเกิน (แบบ สด. ๔๓) ยกเลิกการใช้คำว่า “โรคจิตถาวร” ในเอกสารยกเว้นการเกณฑ์ทหาร สำหรับชายที่ข้ามเพศเป็นหญิงซึ่งได้รับการยกเว้นการเกณฑ์ทหารโดยกฎกระทรวงกลาโหมได้กำหนดให้ใช้คำใหม่คือ “เพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด”

^๔ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐ บัญญัติว่า
 “มาตรา ๓๐ บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน
 ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”.

^๕ คณะกรรมาธิการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุและตรวจรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ, เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐. (สำนักกรรมาธิการ ๓ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ๒๕๕๐), หน้า ๒๒ - ๒๓.

^๖ คดีหมายเลขดำ ๒๑๑๘/๒๕๔๙ คดีหมายเลขแดง ๑๕๔๐/๒๕๕๔.



การออกข้อกำหนดคณะกรรมการส่งเสริมการจัดสวัสดิการสังคมแห่งชาติว่าด้วยการกำหนดบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเป้าหมายเป็นผู้รับสวัสดิการสังคม พ.ศ. ๒๕๕๕ ออกตามความในพระราชบัญญัติส่งเสริมการจัดสวัสดิการสังคม พ.ศ. ๒๕๔๖ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติส่งเสริมการจัดสวัสดิการสังคม (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๐ ระบุว่า “บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ” เป็น ๑ ใน ๑๓ กลุ่มประชากรที่ “เผชิญกับความยากลำบาก” และจำเป็นต้องได้รับความช่วยเหลือพิเศษในการเข้าถึงบริการทางสังคม นอกจากนี้ข้อกำหนดดังกล่าวยังได้ให้นิยามที่ครอบคลุมถึงบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เช่น คนรักเพศเดียวกัน ซึ่งได้แก่ หญิงรักหญิง ชายรักชาย คนรักสองเพศ คนข้ามเพศ ซึ่งได้แก่ ชายแต่งหญิง กะเทย สาวประเภทสอง หญิงข้ามเพศ คนที่มีลักษณะเพศทางชีววิทยาไม่ชัดเจน และกลุ่มคนที่มีลักษณะทางเพศที่อาจทำให้ได้รับผลกระทบทางสังคม ซึ่งถือได้ว่าเป็นข้อกำหนดแรกของประเทศไทยที่รับรองบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอย่างเป็นทางการว่าเป็นกลุ่มประชากรอีกกลุ่มหนึ่งในทางกฎหมาย และช่วยให้คณะกรรมการส่งเสริมการจัดการสวัสดิการสังคมแห่งชาติสามารถทำงานร่วมกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อการเข้าถึงบริการทางสังคมที่ง่ายขึ้น

ประการสำคัญที่สุดคือ ได้มีการตราพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ เป็นครั้งแรกในประเทศไทย ที่มีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติรับรองสิทธิบุคคลที่ชัดเจนในเรื่องความหลากหลายทางเพศ ในมาตรา ๓ ได้กำหนดบทนิยามคำว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” หมายความว่า การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด

มาตรา ๑๗ การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศจะกระทำมิได้...

อย่างไรก็ดี แม้ว่าประเทศไทยจะมีภาพลักษณ์ว่าเป็นประเทศที่เปิดกว้างและยอมรับบุคคลหลากหลายทางเพศมากขึ้น ดังจะเห็นได้จากการมีคู่ชีวิตเพศเดียวกันและคนข้ามเพศจำนวนมากที่ใช้ชีวิตร่วมกันเป็นครอบครัวดังเช่นคู่ชายหญิงทั่วไป แต่สถานภาพของคู่ชีวิตดังกล่าวกลับไม่มีกฎหมายรับรองทำให้บุคคลเหล่านี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทั้งในเรื่องสิทธิและหน้าที่ที่จะพึงมีพึงได้ เช่น ไม่สามารถขอลดหย่อนภาษีได้ แม้จะอยู่ด้วยกันมานานเป็น ๑๐ ปี และไม่มีส่วนแบ่งในทรัพย์สิน แม้จะสร้างทรัพย์สินร่วมกันมา ซึ่งหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียชีวิต ทรัพย์สินทั้งหมดจะตกเป็นของทายาทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมทั้งไม่สามารถรับสวัสดิการรักษาพยาบาลหรือมอสิทธิประโยชน์จากการประกันสังคมให้คู่ของตนได้เลย นอกจากนี้ยังพบว่ามีความหมายเป็นจำนวนมากที่ยังเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการแสดงออกซึ่งตัวตนของบุคคลเพศหลากหลาย ซึ่งปรากฏอยู่ในเนื้อหาของบทบัญญัติในกฎหมายจำนวนมากซึ่งสัมพันธ์กับวิถีชีวิตของผู้คนอย่างกว้างขวาง ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดความเป็นเพศชายหรือหญิง การกำหนดหน้าที่จากความเป็นเพศ หรือความสามารถในการทำข้อตกลงหรือสัญญาต่าง ๆ เป็นต้น ซึ่งกฎหมายเหล่านี้แทบทั้งหมดถูกตราขึ้นก่อนที่รัฐธรรมนูญไทยจะได้รับการรับรองและยอมรับถึงบุคคลเพศหลากหลาย



จุนิต : ในทรรศนะของท่านเห็นว่าหลักการของร่างพระราชบัญญัติคูชีวิต พ.ศ. ที่กำหนดให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันโดยกำเนิดสามารถจดทะเบียนคูชีวิตได้ โดยมีสิทธิและหน้าที่ในการอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวในลักษณะเดียวกับคู่สมรส จะสามารถส่งเสริมให้เกิดความเสมอภาคของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้มากน้อย เพียงใด

นางสาวนัยนา สุภาพัง : การต่อสู้เพื่อให้กลุ่มคนรักเพศเดียวกันสามารถมีสิทธิก่อตั้งครอบครัวได้มีมายาวนานกว่า ๑๐ ปี โดยเสนอเป็นร่างพระราชบัญญัติคูชีวิต พ.ศ. ต่อรัฐบาลในหลายสมัย แต่ในที่สุดก็ยังไม่ประสบผลสำเร็จเป็นกฎหมาย ฉะนั้น การที่คณะรัฐมนตรีชุดปัจจุบันได้เห็นชอบหลักการร่างพระราชบัญญัติคูชีวิต พ.ศ. ที่เสนอโดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม จึงถือเป็นเรื่องที่น่ายินดี แต่เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ยังไม่ได้รับรองสิทธิ หน้าที่ และศักดิ์ศรีของคูชีวิตอย่างเท่าเทียมกับคู่สมรสหญิงชายทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากหลักการสำคัญของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มุ่งเน้นไปที่การรองรับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพศเดียวกันโดยกำเนิด มีบทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับการจดทะเบียนคูชีวิตและการเลิกเป็นคูชีวิต สิทธิหน้าที่ระหว่างคูชีวิต การจัดการทรัพย์สิน การรับบุตรบุญธรรม และมรดก เท่านั้น แต่ยังมีสิทธิและหน้าที่สำคัญอีกหลายประการที่ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ยังไม่ได้รับรองสำหรับคูชีวิต เช่น สิทธิและหน้าที่ในการหมั้นและรับหมั้น หน้าที่เป็นผู้อุปการะหรือผู้พิทักษ์ถ้าอีกฝ่ายเป็นคนที่ไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ สิทธิในการเซ็นยินยอมรักษาพยาบาลอีกฝ่าย สิทธิจัดการศพกรณีอีกฝ่ายเสียชีวิต สิทธิที่จะได้รับสวัสดิการร่วมจากรัฐในฐานะคู่สมรส สิทธิในกองทุนประกันสังคมในฐานะคู่สมรส สิทธิในการใช้ชื่อสกุลร่วมกับอีกฝ่าย สิทธิของคู่ต่างชาติในการขอเปลี่ยนเป็นสัญชาติไทย สิทธิในการขอวีซ่าในฐานะคู่สมรส นอกจากนี้ การกำหนดให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมาใช้บังคับแก่คูชีวิตโดยอนุโลม ก็อาจมีปัญหาที่ต้องมีการตีความทางกฎหมายว่าจะนำมาใช้ได้เพียงใดหรือในเรื่องใดบ้าง



ฉะนั้น จึงเห็นว่า การแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวและมรดก มาตรา ๑๔๔๘ ที่กำหนดให้การสมรสจะกระทำได้อต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุ ๑๗ ปีบริบูรณ์แล้ว โดยเปลี่ยนคำว่า “ชายและหญิง” เป็น “บุคคลสองคน” น่าจะเป็นการแก้ไขปัญหาที่ตรงจุดมากกว่า การออกเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่องให้แก่คนหลากหลายทางเพศ ซึ่งอาจเป็นการตอกย้ำว่าบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศยังคงถูกตีตราและถูกเลือกปฏิบัติ ถึงแม้ว่าในต่างประเทศจะเริ่มต้นด้วยการออกกฎหมายอนุญาตให้มีการจดทะเบียนคู่ชีวิตได้ระหว่างคนเพศเดียวกัน หรือที่เรียกว่า Partnership หรือ Civil Union ซึ่งเป็นกฎหมายคนละฉบับกับการสมรส แล้วจึงพัฒนามาเป็นกฎหมายสมรสระหว่างเพศเดียวกัน (Same Sex Marriage) แต่นั่นย่อมแสดงให้เห็นบทเรียนว่ากฎหมายอนุญาตให้มีการจดทะเบียนคู่ชีวิตอาจไม่เพียงพอและไม่ได้ให้ความเสมอภาคในการสมรสที่แท้จริง อย่างไรก็ตาม เห็นว่า กลุ่มคนหลากหลายทางเพศบางส่วนคงจะรู้สึกยินดีกับร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว เพราะคิดว่าก็ยิ่งดีกว่า ไม่มีกฎหมายอะไรคุ้มครองเลย เพราะอย่างน้อยก็จะมีสิทธิเพิ่มขึ้น ซึ่งคงต้องรอเนื้อหาของกฎหมายในชั้นการพิจารณาของรัฐสภาว่าจะมีหลักการหรือเนื้อหาในรายละเอียดที่มีความเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมจากร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้อีกหรือไม่

จุดนิติ : บทสรุปส่งท้าย และข้อเสนอแนะอื่น ๆ

นางสาวนิยา สุภาพงษ์ : จากที่กล่าวมาทั้งหมดสะท้อนให้เห็นได้ว่า แนวคิดเรื่องเพศที่ยึดติดกับความเป็น ๒ เพศ คือหญิงและชาย หรือยึดติดว่าเพศต้องเป็นไปตามอวัยวะที่ถือกำเนิด และการมองกลุ่มคนหลากหลายทางเพศเป็นความผิดปกติ นั้น เป็นแนวคิดที่ล้าสมัยและไม่ครอบคลุมความเป็นจริงที่เกิดขึ้นในสังคม เพราะความหลากหลายทางเพศนั้นเป็นธรรมชาติที่แท้จริงของมนุษย์ การขาดแคลนความรู้ความเข้าใจถึงเรื่องดังกล่าวได้นำไปสู่การสร้างอคติทางเพศ และสร้างความทุกข์ความเจ็บปวดให้แก่กลุ่มคนหลากหลายทางเพศมาหลาย ๑๐ ปี

ข้อเสนอแนะที่สำคัญสำหรับประเทศไทยในขณะนี้ คือ ต้องมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ชัดเจนเพื่อคุ้มครองบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เนื่องจากเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญเป็นการตีความกฎหมายที่อาจจะส่งผลให้ผู้บังคับใช้กฎหมาย นำมาใช้แตกต่างกัน บทบัญญัติห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่ง “เพศ” ต้องกำหนดให้ชัดเจนถึง เพศสภาพ (Gender) อัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) และเพศวิถี (Sexual Orientation)

ถึงวันนี้ เราจึงควรตระหนักรู้ และเปลี่ยนแปลงแก้ไขความผิดพลาดในอดีตด้วยการเรียนรู้ทำความเข้าใจว่า ความเป็นมนุษย์ที่สามารถเข้าถึงเสรีภาพที่แท้จริงก็คือ สามารถเลือกดำเนินชีวิตตามเพศสภาพ อัตลักษณ์ทางเพศ และเพศวิถีของตนเอง

“ความหลากหลายทางเพศ” ดำรงอยู่ เช่นเดียวกับความหลากหลายอื่น ๆ ในโลก ไม่ว่าจะเป็นความหลากหลายทางวัฒนธรรม ทางศาสนา ความเชื่อ เชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ เราต้องอยู่ร่วมกันกับความหลากหลายแตกต่าง ยอมรับ เข้าใจ และเคารพในความเป็นมนุษย์ที่มีคุณค่า ศักดิ์ศรี สิทธิเสรีภาพและอิสรภาพในฐานะที่เสมอภาคกัน ฉะนั้น จึงถึงเวลาแล้วที่เราควรแก้ไขความผิดพลาดให้เขาอย่างเต็มที่ เพื่อจะได้หยุดความทุกข์ยากเจ็บปวดในรุ่นของเรา โดยไม่ปล่อยให้มันเป็นมรดกแก่รุ่นลูกหลานอีกต่อไป ๑



ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มาตาลักษณ์ เสรมธากุล*

อาจารย์ประจำศูนย์กฎหมายแพ่ง คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

สิทธิมนุษยชนในเรื่องอัตลักษณ์และวิถีทางเพศ
กับความคุ้มครองและรับรองภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายไทย

กองบรรณาธิการ
สำนักกฎหมาย

เมื่อวันพฤหัสบดีที่ ๒๗ สิงหาคม ๒๕๖๓
ณ ห้องประชุมคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (ศูนย์รังสิต)



จุดนิตินิ : ขอบرابถึงแนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศและหลักสิทธิมนุษยชนสากลในเรื่องอัตลักษณ์และวิถีทางเพศซึ่งมีขึ้นเพื่อคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในระบบกฎหมายระหว่างประเทศและกรณีศึกษาของต่างประเทศ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มาตาลักษณ์ เสรมธากุล : ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ เป็นบทบัญญัติหลักที่ใช้รับรองสิทธิมนุษยชนในประเด็นซึ่งเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศ โดยได้มีการกำหนดเกี่ยวกับ “การไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยสาเหตุแห่งเพศ” ซึ่งจากข้อเท็จจริงพบว่าการตีความบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวนั้น เรามักจะตีความว่าหมายถึงเฉพาะเพศหญิงหรือเพศชายโดยกำเนิด โดยลืมนึกไปว่าในบริบทของสังคมโลกที่มี “พลวัต” คำจำกัดความของคำว่า “เพศ” มีความหมายที่กว้างไปกว่านั้นมาก โดยนิยามของคำว่า “เพศ” ในสถานการณ์ปัจจุบันได้รวมไปถึงกลุ่มผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศด้วย (Lesbian Gay Bisexual Transgender Intersexual : LGBTI)

* น.บ. (เกียรตินิยมอันดับ ๒) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, Diplôme Etudes Approfondies (D.E.A.) (Droit international) Université de Toulouse I (Mention très honorable) ประเทศฝรั่งเศส, Docteur en droit สาขากฎหมายเอกชน (DROIT PRIVÉ) ด้านการคุ้มครองสิทธิเด็ก Université de Toulouse I (Mention très honorable) ประเทศฝรั่งเศส, อาจารย์ประจำศูนย์กฎหมายแพ่ง อาจารย์ประจำศูนย์กฎหมายอาญาและอาชญาวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.



แต่ในรัฐธรรมนูญของไทยยังไม่ได้ให้ความสำคัญในประเด็นนี้จึงมีส่วนทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในการเลือกปฏิบัติกับกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศดังกล่าว ซึ่งสิ่งที่คนกลุ่มนี้ปรารถนาได้แก่ความเท่าเทียมในด้านต่าง ๆ ในสังคม ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการทำงาน การศึกษา หรือการใช้ชีวิตประจำวันเหมือนกับบุคคลโดยทั่วไป โดยเฉพาะเกี่ยวกับการทำงาน เนื่องจากในบางวิชาชีพยังมีปัญหาเกี่ยวกับการยอมรับการแสดงออกทางเพศสภาพที่ไม่ตรงกับเพศโดยกำเนิด นายจ้างจึงปฏิเสธไม่รับเข้าทำงานซึ่งนำไปสู่การต่อสู้โดยดำเนินการในกระบวนการยุติธรรมเพื่อเรียกร้องสิทธิดังกล่าวให้เท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป แต่สุดท้ายผู้เรียกร้องก็ยังไม่ได้รับคำตอบที่เป็นการรับรองสถานะทางเพศอย่างแท้จริงนอกจากนั้น มีบางคนต้องการใช้ชีวิตคู่กับบุคคลเพศเดียวกันในลักษณะที่เป็น “คู่ชีวิต” แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ยังไม่ครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าว ด้วยเหตุนี้การเลือกปฏิบัติในกฎหมายครอบครัว และในประมวลกฎหมายอาญาจึงมีประเด็นที่ยังไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ในหลายกรณี

นอกจากนี้ การที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาหลายฉบับที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและความเท่าเทียมทางเพศ ซึ่งเป็นลักษณะที่แสดงให้เห็นว่าเมื่อเกิดปัญหาเหล่านี้ขึ้นบ่อยครั้งในสังคมจึงมีผู้ที่ถูกระทบสิทธิและเกิดข้อร้องเรียนและการเรียกร้องสิทธิความเป็นธรรมอันนำไปสู่การศึกษาวิจัยในส่วนที่เกี่ยวข้องหลายสาขาวิชา จนกระทั่งในที่สุดทางคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ได้รับทุนศึกษาวิจัยจากกระทรวงการพัฒนาศังคมและความมั่นคงของมนุษย์ โดยคณะของอาจารย์ได้รับเกียรติและโอกาสดังกล่าวให้ดำเนินการศึกษาวิจัยอันนำไปสู่ “ร่างกฎหมายว่าด้วยการรับรองเพศ” โดยในปีที่แล้วงานวิจัยดังกล่าวได้รับรางวัลงานวิจัยแห่งชาติ ซึ่งถือได้ว่ากฎหมายฉบับนี้จะเป็นการเปิดโลกทัศน์ใหม่หรือพื้นที่ใหม่ให้กับสังคม

ในส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นการรับรองในระดับสากลมีแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชน Human Right เป็นหลักการทั่วไปอยู่แล้ว แต่ในส่วนของกฎหมายเฉพาะที่ระบุเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในเรื่องอัตลักษณ์ทางเพศหรือเพศวิถี หรือความหลากหลายทางเพศนั้น ไม่ได้มีการกำหนดไว้เป็นพิเศษหรือมีบทบัญญัติเฉพาะในลักษณะที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศหรือพันธกรณีระหว่างประเทศ สำหรับความคุ้มครองเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยสาเหตุทางเพศจะมีแค่เพียงอนุสัญญา CEDAW - Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Woman :



อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ซึ่งให้ความคุ้มครองเฉพาะผู้หญิงเท่านั้น โดยที่ยังไม่ได้มีการตีความเพื่อให้ความคุ้มครองครอบคลุมไปถึงผู้หญิงข้ามเพศแต่อย่างใด ดังนั้น ในส่วนที่เราสามารถอ้างอิงได้จึงเป็นกฎหมายเฉพาะในส่วนของกฎหมายสิทธิมนุษยชนตามหลักทั่วไป นอกจากนี้จะเป็นกฎหมายเฉพาะที่แยกออกมาในแต่ละรัฐ หรือแต่ละประเทศ ซึ่งจากการศึกษาวิจัย คณะผู้วิจัยได้จัดทำเป็นตารางเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศว่าด้วยการรับรองเพศ เพื่อสรุปข้อมูลในรายละเอียดเกี่ยวกับคดีที่มีอิทธิพลต่อการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย กรอบและแนวทางในการคุ้มครองตลอดจนผลของการรับรองเพศและการคุ้มครองสิทธิต่าง ๆ ตามเพศใหม่ ซึ่งจะแสดงข้อมูลในทางกฎหมายและเงื่อนไขต่าง ๆ ในการรับรองสิทธิทางเพศของแต่ละประเทศที่แตกต่างกันออกไป (รายละเอียดปรากฏตามตารางท้ายบทสัมภาษณ์)

โครงการศึกษาวิจัยเพื่อยกร่างกฎหมายรับรองเพศให้กับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาสภาพปัญหาการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความหลากหลายทางเพศ โดยเฉพาะกลุ่มที่แสดงอัตลักษณ์ทางเพศแตกต่างจากเพศโดยกำเนิด โดยมีการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยการรับรองเพศของต่างประเทศทั้งกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) และแบบจารีตประเพณี (Common Law) เพื่อจัดทำร่างกฎหมายว่าด้วยการรับรองเพศให้สอดคล้องเหมาะสมกับสังคมไทย โดยส่วนตัวมีความเห็นว่า กฎหมายว่าด้วยการรับรองเพศจะช่วยเสริมประสิทธิภาพของการคุ้มครองความหลากหลายทางเพศได้ดียิ่งกว่าการมุ่งแก้ไขเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. หรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากผลของการรับรองเพศจะทำให้เพศใหม่ได้รับความคุ้มครองทันทีที่ไม่ว่าจะเป็นรายละเอียดในส่วนของค่านำหน้าชื่อสกุล หรือสิทธิต่าง ๆ ที่จะได้รับตามมาจากสิทธิในเพศใหม่ของบุคคลเหล่านั้น รวมถึงประเด็นรายละเอียดที่เกี่ยวกับการสมรสได้ด้วย ซึ่งจากการศึกษาพบว่าหลายประเทศได้ใช้แนวทางนี้



อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงวิวัฒนาการทางกฎหมายของประเทศไทยการมีกฎหมายรับรองเพศในสถานการณ์ปัจจุบันน่าจะมองว่าจะเป็นการพลิกประวัติศาสตร์มากเกินไป หรือเกิดความเปลี่ยนแปลงที่รุนแรงและรวดเร็วเกินไปหรือไม่ ซึ่งจากการศึกษาตัวอย่างของต่างประเทศพบว่าในหลายประเทศมีการรับรองในแต่ละเรื่องหรือกำหนดขอบเขตในการให้ความคุ้มครองที่แตกต่างกันออกไปตามสภาพทางสังคมและวัฒนธรรมที่แตกต่างกัน โดยระบุถึงหน้าที่และสิทธิต่าง ๆ ไว้โดยอาจขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอายุ หรือเงื่อนไขเกี่ยวกับคุณสมบัติของบุคคลที่จะได้รับการรับรองในแต่ละกลุ่มซึ่งรายละเอียดทั้งหมดล้วนขึ้นอยู่กับหลักการพื้นฐานของหลักสิทธิมนุษยชนอันเป็นหลักการแห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญที่สุดในปัจจุบัน

จุดนิติ : ขอรอบถึงพัฒนาการของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย และปัญหาทางกฎหมายที่ควรต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่อยู่ในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มาตาลักษณ์ เสรมธากุล : ในส่วนของพัฒนาการของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย ส่วนแรกที่เป็น การเริ่มต้นอย่างชัดเจนที่สุด คือเริ่มตั้งแต่พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ ของกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งเน้นแก้ไขปัญหา การเลือกปฏิบัติด้วยสาเหตุแห่งความหลากหลายทางเพศ

ประการแรก เนื้อหาของกฎหมายฉบับดังกล่าวยังมีข้อจำกัดในบางส่วนเนื่องจากได้มีการระบุถึงข้อยกเว้นในการบังคับใช้กฎหมายไว้ ได้แก่ หากเป็นกรณีเกี่ยวกับการปฏิบัติตามหลักความเชื่อทางศาสนา หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ หรือเป็นไปตามหลักวิชาการ ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ดังนั้น จึงยังมีประเด็นปัญหาในทางปฏิบัติเกิดขึ้นว่า การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวจะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่

ประการที่สอง ด้วยเหตุที่ได้มีความพยายามให้ความคุ้มครองในหลากหลายด้าน ดังนั้น ในเนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าวจึงถูกเขียนไว้ในลักษณะที่เป็นโครงสร้างแบบหลวม ๆ โดยที่ไม่ได้ให้ความคุ้มครองครอบคลุมทุกเรื่องที่เป็น ซึ่งจะต้องดำเนินการร้องเรียนไปยังคณะกรรมการ เป็นกรณีไป ข้อเท็จจริงพบว่ายังมีปัญหากับกรรมการที่ต้องการความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หรือการที่ไม่สามารถวินิจฉัยได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติจริงหรือไม่

ประการที่สาม การระบุสถานะทางเพศสามารถระบุได้เพียงเพศชายและเพศหญิงเท่านั้น การให้ความเป็นธรรมกับบุคคลที่เป็นเพศทางเลือกจึงเป็นไปได้ค่อนข้างยาก

ในเวลาต่อมาจึงมีความพยายามในการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคล โดยการจัดทำร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ซึ่งเบื้องต้นมีความน่าสนใจพอสมควร อย่างไรก็ตามจากการศึกษาพบว่า การแก้ไขปัญหากับความหลากหลายทางเพศด้วยพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวยังไม่ครอบคลุม เนื่องจากสามารถแก้ไขปัญหามาได้เพียงบางจุดเท่านั้น กล่าวคือ แม้อนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสามารถทำการสมรสกันได้ แต่ในเนื้อหาของกฎหมายยังมีปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อกฎหมายอื่น ๆ อีกหลายส่วนด้วยกัน



จากการศึกษาวิจัยพบกรณีตัวอย่างของต่างประเทศ ซึ่งได้มีความพยายามต่อสู้มาอย่างยาวนานกว่า ๓๐ ปี เริ่มต้นด้วยการเน้นแนวทางในการดำเนินยุทธศาสตร์ต่อสู้เพื่อให้มีกฎหมายโดยการผลักดันจากกลุ่มบุคคลผู้ที่เป็นเจ้าของปัญหา ซึ่งทำให้เกิดแรงต้านจากสังคมค่อนข้างมาก รวมถึงทำให้คนในสังคมเกิดความรู้สึกที่ขัดแย้งหรือมีอคติไม่ว่าจะเป็นในประเทศอาร์เจนตินา ไอร์แลนด์ อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนี เป็นต้น ต่างก็ไม่ประสบความสำเร็จจากการใช้กลุ่มบุคคลประชากรทางเลือกผู้เป็นเจ้าของปัญหาเรียกร้อง



ผลักดันเอง แต่ในช่วงระยะเวลาต่อมาที่การผลักดันให้มีการพัฒนากฎหมายว่าด้วยการรับรองเพศสำเร็จ เนื่องจากการร่วมมือร่วมใจจาก “ประชากรหลัก” ผลักดันช่วยเหลือกลุ่มประชากรทางเลือกกลุ่ม LGBTI และ Q (Queer) ดังกล่าว ด้วยการสร้างความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องในมุมมองที่ทุกคนมีสิทธิในการเลือกเพศของตนเอง

ดังนั้น จากกรณีตัวอย่างของการพัฒนากฎหมายในต่างประเทศดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นจึงทำให้คณะวิจัยต้องศึกษาเพิ่มเติมเกี่ยวกับการรับรองเพศจนนำไปสู่การจัดทำร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการรับรองเพศ พ.ศ. สำหรับประเทศไทย ซึ่งมีความเห็นว่าจะสามารถแก้ไขปัญหาค่าได้ดีกว่า เนื่องจากการช่วยรับรองสถานะของเพศใหม่แล้ว ยังมีการให้สิทธิประโยชน์อื่น ๆ ตามมา ได้แก่ สิทธิในการเปลี่ยนชื่อสกุล สิทธิในการจดทะเบียนสมรส สิทธิในการมีบุตร ตลอดจนการทำเอกสารต่อทางราชการ เป็นต้น

จุดนิต : ในกรณีของท่านเห็นว่าหลักการของร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ที่กำหนดให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันโดยกำเนิดสามารถจดทะเบียนคู่ชีวิตได้โดยมีสิทธิและหน้าที่ในการอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวในลักษณะเดียวกับคู่สมรส จะสามารถส่งเสริมให้เกิดความเสมอภาคของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้มากน้อย เพียงใด

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มาตาลักษณ์ เสรมธากุล : ประเด็นเรื่องนี้กำลังเป็นที่น่าสนใจในสังคม และคนในสังคมกำลังเข้าใจประเด็นบางอย่างที่คลาดเคลื่อนเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ว่ามีความเท่าเทียมที่ไม่แท้จริง เพราะโดยทั่วไปแล้วความเท่าเทียมนั้นต้องเป็นเรื่องที่เหมือนกันและปฏิบัติเหมือนกัน จึงจะเรียกว่าความเท่าเทียมที่แท้จริง แต่พอมีความแตกต่างกันแล้วเราจะไม่เรียกว่าความเท่าเทียม แต่เราจะเรียกว่า “การส่งเสริมโอกาสและความเท่าเทียมกัน” ฉะนั้น หากถามว่าร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. มีความเท่าเทียมกับการสมรสหรือไม่ พิจารณาภาพรวมง่าย ๆ คือ



๑. การใช้ Wording หรือถ้อยคำ ไม่เหมือนกัน โดยร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ใช้คำว่า “คู่ชีวิต” ไม่ได้ใช้คำว่า “คู่สมรส”

๒. สิทธิที่จะได้รับแตกต่างกัน แม้ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. จะมีการยกประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ครอบครัว มาเกือบทั้งหมด ยกเว้นการหมั้น แต่ภายหลังมีการนำเรื่องการหมั้นมากำหนดไว้ในร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ด้วย เพื่อให้สอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ก็เป็นที่น่าเสียดายว่าร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ไม่มีการกำหนดเรื่องบุตรไว้แต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม แม้เราจะพยายามร่างกฎหมายฉบับนี้ให้เหมือนกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้มากที่สุด แต่ความเท่าเทียมของคำว่า “คู่ชีวิต” กับ “คู่สมรส” ก็ไม่อาจเท่ากันได้เพราะยังมีกฎหมายอื่น ๆ อีกหลายฉบับที่กำหนดให้สิทธิในบางเรื่องเฉพาะคู่สมรส เช่น เรื่องเกี่ยวกับสวัสดิการ การรักษาพยาบาล หรือสิทธิอื่น ๆ ซึ่งกฎหมายจะกำหนดให้สิทธิเฉพาะคู่สมรสเท่านั้น ไม่ได้กำหนดให้สิทธิคู่ชีวิตแต่อย่างใด ฉะนั้น คำว่าคู่ชีวิตกับคู่สมรส จึงไม่มีความเท่าเทียมกันในความหมายที่เราต้องการ

ประเด็นต่อมา คือ เรามีความจำเป็นต้องให้เท่าเทียมกันอย่างแท้จริงหรือไม่ ในมุมมองของอาจารย์คิดว่า เรื่องนี้เราต้องยอมรับก่อนว่าเป็นความแตกต่างเหมือนเรื่องเพศชายกับเพศหญิง ถึงแม้เราจะป็นมนุษย์เหมือนกัน มีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเหมือนกันตามหลักสิทธิมนุษยชน มีศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์เหมือนกันไม่ว่าชายหรือหญิง แต่สิ่งที่เรามีไม่เหมือนกันหรือไม่สามารถคุ้มครองได้เหมือนกันทั้งหมดก็มีหลายเรื่อง เช่น ความเสียหายในทางเพศ ซึ่งหากผู้ชายถูกล่วงละเมิดทางเพศความเสียหายที่เกิดขึ้นจะไม่เท่ากับผู้หญิง เพราะหากผู้หญิงถูกล่วงละเมิดทางเพศแล้วหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้โดยไม่พึงประสงค์ ซึ่งเป็นความเสียหายทางสรีรวิทยา และในขณะเดียวกันหากผู้หญิงถูกข่มขืนก็จะถูกสังคมตั้งข้อรังเกียจมากกว่าผู้ชายอีกด้วย



ฉะนั้น จึงต้องยอมรับว่าประเด็นเรื่องนี้ มีความแตกต่างกัน ยิ่งคนที่มีความหลากหลายทางเพศเขาจะมี nature หรือธรรมชาติของเขาเอง บางกรณีเราอาจจะมองว่าเขาผิดปกติ แต่จริง ๆ แล้ว เขาไม่ได้ผิดปกติ แต่เขามีความแตกต่างโดยธรรมชาติของเขาเป็นแบบนี้ เราไม่ได้ตั้งข้อรังเกียจเขาแต่เราต้องมองให้ชัดเจนและเข้าใจเขา ดังนั้น ชายโดยกำเนิดหญิงโดยกำเนิดหรือกลุ่มคนหลากหลายทางเพศ ทั้ง ๓ กลุ่มนี้ จึงมีความแตกต่างกัน เมื่อมีความแตกต่างกันแล้วจะปฏิบัติให้เท่าเทียมกันแบบ ร้อยเปอร์เซ็นต์ไม่ได้



ประเด็นต่อมา ในเรื่องการใช้ชีวิตครอบครัว เมื่อผู้หญิงโดยกำเนิดแต่งงานกับผู้ชายโดยกำเนิด พวกเขาทั้งคู่สามารถมีบุตรได้แต่ถ้าคนเพศเดียวกัน แต่งงานกันไม่ว่าจะเป็นชายกับชาย หรือหญิงกับหญิง ยังไงก็ไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้แม้จะมีการแปลงเพศมาแล้วก็ตาม นี่คือธรรมชาติของมนุษย์ แต่ในแง่ของการเลี้ยงดูบุตรนั้นทั้งคู่มีสิทธิที่จะเลี้ยงดูบุตรได้เหมือนกัน

หากถามว่าร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมระหว่างเพศหรือไม่ สำหรับอาจารย์คิดว่า มีการส่งเสริมสนับสนุนความเท่าเทียมทางเพศได้ในระดับหนึ่ง แต่ไม่เต็มร้อยเปอร์เซ็นต์ เพราะคน ๒ กลุ่มนี้ มีความแตกต่างกัน แต่หากถามว่าจะมีการส่งเสริมโอกาสให้เกิดความเท่าเทียมกันแบบร้อยเปอร์เซ็นต์ได้หรือไม่ อาจารย์คิดว่าเป็นไปได้ถ้าเราเปิดใจยอมรับเหมือนบางประเทศที่เขายอมรับกัน โดยเขาจะกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เลยว่าใครจะแต่งงานหรือสมรสกันถือเป็นสิทธิพื้นฐานของการมีชีวิตครอบครัว ทุกคนสามารถสมรสได้ ดังนั้น ในฐานะที่อาจารย์เป็นผู้บรรยายวิชากฎหมายครอบครัว อาจารย์จึงคิดว่าความหมายหรือนิยามของกฎหมายครอบครัวได้เปลี่ยนไปในหลายมิติ เช่น “ครอบครัว” ไม่ใช่เฉพาะชายหญิงโดยกำเนิดเท่านั้น จะเป็นคนเพศเดียวกันก็ได้ “ครอบครัว” ไม่จำเป็นต้องดำรงเผ่าพันธุ์ ไม่จำเป็นต้องมีบุตร ปัจจุบันมีคู่สมรสหลายคู่ที่แต่งงานกันแล้วไม่มีบุตรก็เยอะแยะไป

ฉะนั้น ถ้าเราเปิดใจยอมรับกับความหมายของครอบครัวแบบนี้ ทุกคนก็สามารถใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับเดียวกันได้โดยเท่าเทียมกัน แต่เมื่อใดก็ตามที่มีการสร้างกฎหมายเป็น ๒ ระบบ คือประมวลกฎหมาย (Code) และพระราชบัญญัติ (Act) จึงมีความไม่เท่าเทียมกันเพราะลำดับชั้นกฎหมายต่างกัน ดังนั้น หากถามว่ามีความเท่าเทียมกันอย่างแท้จริงหรือไม่ ตอบได้เลยว่าไม่เท่าเทียม แต่เป็นการส่งเสริมโอกาสและความเท่าเทียม คือพยายามสร้างให้อยู่ในกฎเกณฑ์ที่ใกล้เคียงกันให้มากที่สุด เพื่อช่วยให้คนกลุ่มนี้มีโอกาสที่จะใช้ชีวิตครอบครัวในสังคมได้และสังคมก็ยอมรับได้ เพราะที่ใดมีสังคมที่นั่นย่อมมีกฎหมายนั่นเอง เราจึงไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายเหมือนบางประเทศซึ่งเขาอาจมีพฤตินิสัย



ของคนชาติหรือทัศนคติของคนชาติที่ต่างจากเรา ฉะนั้น เขาจึงสามารถที่จะนำเอากฎหมายทั้งหมดไปรวมกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายได้ แต่สำหรับประเทศไทยอาจจะต้องรอ และเชื่อว่าสักวันจะต้องทำได้ ไม่น่าจะเกิน ๒๐ ปี เราอาจจะกำหนดเรื่องเหล่านี้ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็เป็นได้

จากการที่อาจารย์และคณะได้ทำวิจัยเพื่อยกร่างกฎหมายรับรองเพศให้กับบุคคลที่มีความแตกต่างทางเพศ โดยการวิจัยมีวัตถุประสงค์เพื่อ

- ศึกษาสภาพปัญหาการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศซึ่งจะเน้นศึกษา “ประชากรกลุ่มเพศทางเลือก” โดยเฉพาะกลุ่มที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ และกลุ่มที่แสดงอัตลักษณ์ทางเพศแตกต่างจากเพศโดยกำเนิด

- ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยการรับรองเพศของต่างประเทศทั้งกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) และแบบจารีตประเพณี (Common Law)

- จัดทำ (ร่าง) กฎหมายว่าด้วยการรับรองเพศให้สอดคล้องเหมาะสมกับสังคมไทย โดยมีขอบเขตในการวิจัยดังนี้

ประการแรก ศึกษา ทบทวน วิเคราะห์เอกสารที่เกี่ยวข้องกับสภาพปัญหาการเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ ซึ่งเน้นศึกษา “ประชากรกลุ่มเพศทางเลือก” โดยเฉพาะกลุ่มที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ และกลุ่มที่แสดงอัตลักษณ์ทางเพศแตกต่างจากเพศโดยกำเนิด และศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสถานะทางเพศของประเทศไทยและต่างประเทศ ทั้งกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) และแบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) โดยในการค้นคว้าเอกสารกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาครั้งนี้ กำหนดกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) และแบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) อย่างน้อยกลุ่มละ ๓ ประเทศ รวมทั้งหมดไม่น้อยกว่า ๖ ประเทศ

ประการที่สอง การสังเคราะห์ข้อมูลจากประการแรก เพื่อยกร่างกฎหมายว่าด้วยการรับรองเพศ จำนวน ๑ ฉบับ

ประการที่สาม การรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียและบุคคลทั่วไปที่มีต่อร่างกฎหมายว่าด้วยการรับรองเพศ ผ่านวิธีการสำรวจข้อมูลภาคสนาม โดยการกรอกแบบสอบถามของประชากรศึกษา ใน ๔ ภูมิภาค และกรุงเทพมหานคร อย่างน้อย ๕๐๐ ชุด ตามระเบียบวิธีวิจัย (ข้อมูลเชิงปริมาณ)

จะพบว่าคนไทยส่วนใหญ่ดูเหมือนจะยอมรับได้ในเรื่องการรับรองเพศแต่เมื่อลงไปในภาคปฏิบัติหรือการทำประชามติร่างกฎหมายสรุปว่าตกไป ไม่ผ่านการลงประชามติ เพราะประชาชนส่วนใหญ่ยังมีความกังวลและไม่เข้าใจในกลุ่มเพศทางเลือกหรือความเท่าเทียมทางเพศจึงทำให้ร่างกฎหมายฉบับนี้ตกไป ดังนั้น ถ้าประเทศไทยจะสนับสนุนในเรื่องความเท่าเทียมทางเพศอย่างจริงจังจึงต้องทำแบบคู่ขนาน กล่าวคือต้องให้ความรู้กับคนในสังคมว่าปัญหาต่าง ๆ ที่สังคมกังวลนั้นสามารถป้องกันและแก้ไขได้อย่างไร เพื่อเป็นการสร้างหลักประกันและสร้างความสบายใจให้แก่คนในสังคมได้ว่ากฎหมายที่ออกไปนั้นจะไม่กระทบต่อคนในสังคมแต่อย่างใด



ปัจจุบัน แม้ว่าสังคมไทยจะไม่ได้กีดกัน “ประชากรกลุ่มเพศทางเลือก” หรือกลุ่ม LGBTI (Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Intersexual) อย่างชัดเจนนัก แต่ “ประชากรกลุ่มหลัก” ส่วนใหญ่ ก็ยังไม่ได้ยอมรับสถานะทางกฎหมายของประชากรกลุ่มเพศทางเลือกเหล่านี้ในทุกประเด็น ซึ่งบ่งชี้ว่า สังคมปัจจุบันยังคงมีทัศนคติในทางลบต่อกลุ่ม LGBTI トラบเท่าที่ประชากรกลุ่มหลักยังคงตกอยู่ภายใต้กรอบความคิด ความเชื่อ และทัศนคติในทางลบบางประการของสังคมไทย ปัญหาที่สำคัญที่สุดซึ่งกลุ่ม LGBTI ในประเทศไทยต้องเผชิญ คือ สังคมไทยยังขาดความเข้าใจที่ถูกต้องและเหมาะสมเกี่ยวกับความต้องการและปัญหาเฉพาะที่ LGBTI กำลังเผชิญอยู่ ซึ่งความไม่เข้าใจเหล่านี้นำไปสู่การถูกปฏิเสธหรือการปราศจากการยอมรับในตัวตนของประชากรกลุ่มเพศทางเลือกเหล่านี้ ทั้งจากคนในครอบครัว และในสังคมแวดล้อม เช่น ในด้านการสร้างครอบครัว กลุ่ม LGBTI ยังไม่ได้รับการยอมรับเกี่ยวกับการมีความสัมพันธ์ในลักษณะครอบครัวจากสังคมไทย อันนำไปสู่ความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่รักเพศเดียวกันกับคู่รักต่างเพศในด้านต่าง ๆ เช่น การจัดเก็บภาษีบุคคลธรรมดา การเข้าถึงบริการทางสังคม การประกันชีวิตคู่และการรับผลประโยชน์ รวมไปถึงการกู้ยืมเงินธนาคารร่วมกัน และการใช้สิทธิในงานสวัสดิการข้าราชการ เป็นต้น ปัญหาความกังวลต่าง ๆ เหล่านี้เราคิดและกลัวจนเกินไป และเรามีอคติต่อกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศ สังเกตได้ว่าคนในสังคมที่คิดแบบนี้ เพราะเขามีอคติโดยมองว่าคนเพศเดียวกัน อารมณ์แปรปรวน ชอบใช้ความรุนแรง แต่ถ้าเราเข้าใจว่าสาเหตุของอารมณ์ที่แปรปรวนนั้นก็เพราะเขาเจ็บปวด ถูกกดขี่ จึงไม่รู้จะแสดงออกอย่างไร บางครั้งจึงต้องแสดงออกด้วยการใช้ความรุนแรง ก้าวร้าว ซึ่งถือเป็นทฤษฎีพฤติกรรมศาสตร์ของมนุษย์

สรุปได้ว่า จากสภาพปัญหาในปัจจุบันของประชากรกลุ่มเพศทางเลือกดังที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น ล้วนตั้งอยู่บนฐานความคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งการศึกษาองค์ความรู้



เกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศและวิวัฒนาการของแนวคิดสิทธิมนุษยชนในสังคมโลกจะช่วยให้ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมโอกาสและความเท่าเทียมกันทางเพศได้ตระหนักถึงความสำคัญและความจำเป็นอันเร่งด่วนในการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองเพศให้กับประชากรกลุ่มเพศทางเลือก ซึ่งจะส่งผลให้ประชากรกลุ่มนี้ได้มีที่ยืนในสังคมและได้รับการยอมรับในตัวตนเช่นมนุษย์ทุกคนในอนาคตต่อไป ฉะนั้น เวลาที่เราจะนำกฎหมายเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันของกลุ่มคนหลากหลายทางเพศนี้มาใช้จึงไม่ใช่แค่ศึกษากฎหมายของต่างประเทศเท่านั้น แต่เวลาที่เราจะนำกฎหมายต่าง ๆ เหล่านี้มาใช้กับประเทศไทยสิ่งที่เราต้องระวังที่สุดคือพฤติกรรมนิสัยของคนชาติ ความพร้อมของคนชาติ และความจริงจังใจของนักการเมืองที่จะต้องดำเนินการในเรื่องของกฎหมายเหล่านี้

จุดนิติ : บทสรุปสงท้าย และข้อเสนอแนะอื่น ๆ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มาตาลักษณ์ เสริมรากุล : สรุปก็คือว่าสิทธิในการมีครอบครัวเป็นสิทธิเสรีภาพที่ไม่มีใครก้าวล่วงได้ ทุกคนมีสิทธิที่จะรักและถูกรัก ทุกคนมีสิทธิที่จะสร้างครอบครัวในแบบที่ตนประสงค์ เพราะฉะนั้นสังคมโดยเฉพาะผู้ที่ปกครอง ดูแล ทำหน้าที่ในการควบคุมกฎกติกา ของบ้านเมืองต้องเข้าใจในส่วนนี้และในเรื่องเพศ ซึ่งเป็นเรื่องที่เป็นอยู่จริงตามธรรมชาติมานานแล้ว และเป็นข้อเท็จจริงที่สังคมมีอยู่ เพราะฉะนั้นกฎหมายต้องสอดคล้องกับธรรมชาติและข้อเท็จจริง และตอนนี้ก็ถึงเวลาแล้วที่เราต้องเปิดใจยอมรับว่ามีคนกลุ่มนี้ที่ต้องการการส่งเสริมโอกาสและสนับสนุนให้เกิดความเท่าเทียมกันในสิ่งที่เขามีสิทธิคือการมีชีวิตครอบครัวหรือคู่ชีวิต ฉะนั้น ถ้าเราจะมีกฎหมายเกี่ยวกับความเท่าเทียมทางเพศขึ้นมาสักฉบับหนึ่งเพื่อให้เป็นความเท่าเทียมอย่างแท้จริง แต่ด้วยลักษณะเฉพาะของประเทศไทย ณ เวลานี้ เราควรทำกฎหมายแบบที่เรียกว่า Step by Step คือทำไปที่ละขั้นต่อก่อน คือเราส่งเสริมโอกาสและความเท่าเทียมให้เขาได้มีโอกาสที่จะมีพื้นที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายก่อน หลังจากนั้นจึงค่อยพัฒนาในระดับการคุ้มครองให้อยู่ในประมวลกฎหมาย เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมอย่างแท้จริง เมื่อสังคมไทยมีความพร้อมแล้ว **๑**



ตารางเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศว่าด้วยการรับรองเพศ

ประเทศ	คดีที่มีอิทธิพลต่อการแก้ไข/ปรับปรุงกฎหมาย	กรอบและแนวทางการคุ้มครอง						ผลของการรับรองเพศและการคุ้มครองสิทธิตามเพศใหม่				
		บุคคลที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง	อายุ	หย่า	บุตร	แปลงเพศ	อื่นๆ	ผู้มีอำนาจวินิจฉัย/มีคำสั่งรับรองเพศ	ให้ถือว่า มีเพศใหม่ ตามที่ได้ รับรอง	ขอ เปลี่ยน ชื่อ	ขอ เปลี่ยน เพศ ในเอกสาร ราชการ	มีสถานะ และสิทธิ ทางกฎหมาย ตามเพศใหม่
สหรัฐอเมริกา	การแปลงเพศของ Christine Jorgensen Becomes ในปี 1952	อิดลินอยส์ ให้ความคุ้มครอง Sexual orientation	X	X	X	X	-	ศาล	✓	✓	✓	✓
		แคลิฟอร์เนีย ให้ความคุ้มครอง บุคคลที่แปลงเพศ แล้ว	X			X	-	✓	✓	✓	✓	✓
แคนาดา	Nixon v. Vancouver Rape Relief Society	บริติชโคลัมเบีย ให้ความคุ้มครอง บุคคลที่แปลงเพศ แล้ว	X	X	X	X	-	นายทะเบียน	-	✓	✓	✓
		ออนแทรีโอ ให้ความคุ้มครอง gender identity, gender expression	18 ปี	X	X	X	X	✓	หนึ่งสื่อ รับรองการ เปลี่ยนเพศ	✓	✓	✓



สิทธิมนุษยชนในเรื่องอัตลักษณ์และวิถีทางเพศ
กับความคุ้มครองและรับรองภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายไทย

ประเทศ	คดีที่มีอิทธิพลต่อการแก้ไข/ปรับปรุงกฎหมาย	กรอบและแนวทางในการคุ้มครอง						ผลของการรับรองเพศ					
		บุคคลที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง	เงื่อนไขของกฎหมายในการขอรับรองเพศ			ผู้มีอำนาจวินิจฉัย/มีคำสั่งรับรองเพศ		ให้ถือว่า มีเพศใหม่ ตามที่ได้ รับรอง	ขอ เปลี่ยน ชื่อ	ขอ เปลี่ยน เพศ ในเอกสาร ราชการ	มีสถานะ และสิทธิ ทางกฎหมาย ตามเพศใหม่		
		บุคคลที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง	อายุ	หย่า	บุตร	แปลงเพศ	อื่นๆ	ศาล	กรรมการ/ นายทะเบียน				
อาร์เจนตินา	(1) ความเห็นแย้งของผู้พิพากษา Catalayud ในคดี El Fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala E. 1/03/89 (Caso 'P.F.N.')	บุคคลทุกคน แต่กรณีของ คนต่างด้าวต้อง ปรากฏชื่อแท้จริง ว่าไม่สามารถ เปลี่ยนแปลงเพศ ทางทะเบียน ตามกฎหมาย ของประเทศนั้นได้	18 ปีบริบูรณ์ (artículo 4 Ley de identidad de Género, Ley 26.743)	X	X	X	กระบวนการ อาจถูก ได้แจ้ง โดยผู้มีส่วนได้เสีย (artículo 7, Ley 26.743)	ศาลจะมี อำนาจวินิจฉัย สองกรณี (1) กรณีเด็ก เป็นผู้ยื่นคำร้อง (artículo 4 Ley 26.743) (2) กรณีบุคคล เคยได้รับการ เปลี่ยนแปลง เพศมาแล้ว และต้องการ เปลี่ยนแปลง เพศอีกครั้ง (artículo 8 Ley 26.743)	นายทะเบียน	✓	✓	✓	✓
ไอร์แลนด์	(1) Foy v An t-Ard Chlaraitheoir & Ois [2002] (2) Foy v An t-Ard Chlaraitheoir & Others [2007]	บุคคลใด ๆ ที่ประสงค์ จะเปลี่ยนสถานะ ทางเพศ	18 ปี ข้อยกเว้นกรณี บุคคลที่อายุ 16 ปี อาจยื่น คำร้องขอได้ หากศาล อนุญาต	ไม่อยู่ใน สถานะสมรส หรือ civil partnership	X	X	-	-	กรรมการ	✓	✓	✓	✓



ประเทศ	คดีที่มีอิทธิพลต่อการแก้ไข/ปรับปรุงกฎหมาย	กรอบและแนวทางในการคุ้มครอง						ผลของการรับรองเพศและภาคีคู่มครองสิทธิตามเพศใหม่				
		บุคคลที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง	อายุ	หย่า	บุตร	แปลงเพศ	อื่นๆ	ผู้มีอำนาจวินิจฉัย/มีคำสั่งรับรองเพศ	ให้ถือว่า มีเพศใหม่ ตามที่ได้รับรอง	ขอ เปลี่ยน ชื่อ	ขอแปลงเพศ ในเอกสารราชการ	มีสถานะ และสิทธิทางกฎหมาย ตามเพศใหม่
สหราชอาณาจักร	Christine Goodwin v United Kingdom [2002]	บุคคลที่ภาวะความไม่พึงพอใจในเพศตามกำเนิด ซึ่งได้ใช้ชีวิตตามเพศที่ประสงค์จะเปลี่ยนแปลงเป็นเวลาอย่างน้อยสองปี	18 ปี	(1) การสมรส ต่อสิ้นสุด หรือ Civil Partnership ถูกยกเลิก (2) ยกเว้นคู่สมรส ยินยอม	X	X	ต้องมีการใช้ชีวิตตามเพศที่ประสงค์จะเปลี่ยนเป็นเวลาน้อยอย่างน้อย 2 ปี	-	✓	✓	✓	✓
ฝรั่งเศส	คดีของ Jacqueline - Charlotte Dufresnoy บุคคลข้ามเพศคนแรกที่ได้รับอนุญาตให้เปลี่ยนเพศได้ในปี ค.ศ.1960	(1) ผู้ร้องมีอาการทางจิตที่คิดว่าตนเองมีเพศแตกต่างจากเพศโดยธรรมชาติ (syndrome de transsexualism) และมีความต้องการหนักแน่นที่จะเปลี่ยนแปลงเพศ (2) ผู้ร้องได้สูญเสียเพศเดิมของตน (3) ผู้ร้องดำรงตนในสังคมตรงกับเพศสภาพที่แสดงออกมาใหม่	X	X	X	(1) ผิดัดแปลงเพศ (2) กรณีที่ไม่ได้ผัดตัดแปลงเพศ ผู้ร้องจะต้องได้รับการรักษาที่ ได้รับการรับรองว่าไม่สามารถกลับเป็นเพศเดิมได้อีก	-	✓	✓	✓	✓	



สิทธิมนุษยชนในเรื่องอัตลักษณ์และวิถีทางเพศ
กับความคุ้มครองและรับรองภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายไทย

ประเทศ	คดีที่มีอิทธิพลต่อการแก้ไข/ปรับปรุงกฎหมาย	กรอบและแนวทางการคุ้มครอง						ผลของการรับรองเพศและคุ้มครองสิทธิตามเพศใหม่				
		บุคคลที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง	อายุ	หย่า	บุตร	แปลงเพศ	อื่นๆ	ผู้มีอำนาจวินิจฉัย/มีคำสั่งรับรองเพศ	ให้ถือว่า มีเพศใหม่ตามที่ได้รับการรับรอง	ขอเปลี่ยนแปลงชื่อ	ขอเปลี่ยนแปลงในเอกสารราชการ	มีสถานะและสิทธิทางกฎหมายตามเพศใหม่
เยอรมนี	ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยคดีจำนวนหนึ่งปรับลดความเข้มงวดของหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการร้องขอเปลี่ยนแปลงเพศ	บุคคลที่รู้สึกว่าเป็นอีกเพศหนึ่งซึ่งไม่ใช่เพศโดยกำเนิด เป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 3 ปี	X	เดิมมีกฎหมายกำหนดปัจจุบันยกเลิกเงื่อนไขนี้แล้ว	X	เดิมมีกฎหมายกำหนดปัจจุบันผู้ร้องไม่จำเป็นต้องแปลงเพศ	ผู้เชี่ยวชาญการแพทย์อย่างน้อย 2 คนให้การรับรองว่าผู้ร้องจะไม่เปลี่ยนใจกลับไปใช้ เป็นเพศเดิม	✓	✓	✓	✓	✓
สวีเดน-แลนด์	-	เป็นบุคคลข้ามเพศ และมีรูปลักษณ์ภายนอกสอดคล้องกับเพศที่ต้องการเปลี่ยน	X	X	X	ในระยะเวลาศาลอนุญาตให้มีการเปลี่ยนแปลงเพศได้โดยไม่ต้องผ่าตัด หรือมีหลักฐานว่าเป็นหมัน	ผู้ร้องต้องมีหลักฐานรับรองจากแพทย์ว่าเป็นบุคคลข้ามเพศ	✓	✓	✓	✓	
สิงคโปร์	Lim Ying v Hioh Kian Ming Eric	ผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศอย่างสมบูรณ์แล้ว	ไม่ชัดเจน	ไม่ชัดเจน	ไม่ชัดเจน	ไม่ชัดเจน	-	ไม่ชัดเจน	ไม่ปรากฏ	ไม่ปรากฏ	ไม่ชัดเจน	



ประเทศ	คดีที่มีอิทธิพลต่อการแก้ไข/ปรับปรุงกฎหมาย	กรอบและแนวทางในการคุ้มครอง						ผลของการรับรองเพศและการคุ้มครองสิทธิตามเพศใหม่				
		บุคคลที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง	อายุ	หย่า	บุตร	แปลงเพศ	อื่นๆ	ผู้มีอำนาจวินิจฉัย/มีคำสั่งรับรองเพศ	ให้ถือว่า มีเพศใหม่ตามที่ได้รับการรับรอง	ขอเปลี่ยนแปลงชื่อ	ขอเปลี่ยนในเอกสารราชการ	มีสถานะและสิทธิทางกฎหมายตามเพศใหม่
ญี่ปุ่น	-	ผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศอย่างสมบูรณ์แล้ว	20 ปี	หย่า	ไม่มีบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ	ผ่าตัดแปลงเพศ โดยสมบูรณ์ (ไม่มีต่อมเพศและน้ำไขอวัยวะเพศแล้ว)	-	ศาลครอบครัว	✓	ไม่ปรากฏ	ไม่ปรากฏ	นักกฎหมายที่มีอยู่แล้วมาปรับใช้โดยอนุโลม
มาเลเซีย	(1) Wong Chin Yong v Pendaftar Besar/Ketua Pengarah Jabatan Pendaftaran, Negara (2) JG v Pengarah Jabatan Pendaftaran Negara (3) Kristie Chan v Ketua Pengarah Jabatan Pendaftaran Negara	ผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศอย่างสมบูรณ์แล้ว	ไม่ชัดเจน	ไม่ชัดเจน	ไม่ชัดเจน	ผ่าตัดแปลงเพศโดยสมบูรณ์	-	ไม่ชัดเจน	แก่สถานะทางเพศในบัตรประจำตัวประชาชนได้	ไม่ปรากฏ	ไม่ชัดเจน	ไม่ชัดเจน
ฮ่องกง	W v Registra of Marriages	ผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศอย่างสมบูรณ์แล้ว	ไม่ชัดเจน	ไม่ชัดเจน	ไม่ชัดเจน	ผ่าตัดแปลงเพศโดยสมบูรณ์ (ไม่มีต่อมเพศและน้ำไขอวัยวะเพศแล้ว)	-	-	✓	ไม่ปรากฏ	ไม่ปรากฏ	ไม่ชัดเจน



ประเทศ	คดีที่มีอิทธิพลต่อการแก้ไข/ปรับปรุงกฎหมาย	กรอบและแนวทางในการคุ้มครอง					ผลของการรับรองเพศและ การคุ้มครองสิทธิตามเพศใหม่					
		บุคคลที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง	อายุ	หย่า	บุตร	แปลงเพศ	อื่นๆ	ผู้มีอำนาจวินิจฉัย/มีคำสั่งรับรองเพศ	ให้ถือว่า มีเพศใหม่ ตามที่ได้ รับรอง	ขอ เปลี่ยน ชื่อ	ขอ เปลี่ยน เพศ ในเอกสาร ราชการ	มีสถานะ และสิทธิ ทางกฎหมาย ตามเพศใหม่
ออสเตรเลีย	(1) Corbett v Corbett (1970) 2 All ER 33 (2) Re Kevin v Attorney-General of the Commonwealth (2001) 165 FLR 404 (3) R v Harris and McGuinness (1988) 17 NSWLR 158	- กรณีของบุคคลข้ามเพศของ Territory ส่วนใหญ่กำหนดอายุขั้นต่ำไว้ที่ 18 บริบูรณ์	X	X	X	กำหนดไว้สำหรับบุคคลข้ามเพศ	กฎหมายของบาง territory กำหนดเงื่อนไขว่าจะต้องไม่มีคู่สมรส	นายทะเบียน	✓	✓	✓	✓
นิวซีแลนด์	(1) M v M (1991) NZFLR 337 (2) Attorney-General v Otahuhu Family Court	18 บริบูรณ์ หรือเคยผ่านการจดทะเบียนสมรสหรือจดทะเบียนคู่ชีวิตแล้ว	X	X	X	X	รับรองเพศสภาพตามกฎหมายของประเทศอื่นและบังคับกับภายใต้กฎหมายนิวซีแลนด์	✓	✓	✓	✓	